

# VU Research Portal

## Ontslag, vergoeding en uitkering

Bouwens, W.H.A.C.M.

2007

### **document version**

Publisher's PDF, also known as Version of record

[Link to publication in VU Research Portal](#)

### **citation for published version (APA)**

Bouwens, W. H. A. C. M. (2007). *Ontslag, vergoeding en uitkering*. Vrije Universiteit.

### **General rights**

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal ?

### **Take down policy**

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

### **E-mail address:**

[vuresearchportal.ub@vu.nl](mailto:vuresearchportal.ub@vu.nl)

## **Inaugurele rede Prof. mr. W.H.A.C.M. Bouwens**

### **Gesproken tekst**

Mevrouw de rector, dames en heren,

Ons stelsel van werk en inkomen staat ter discussie. Wie kennis neemt van de stortvloed van rapporten, notities en adviezen die de afgelopen jaren over dit onderwerp verscheen, ziet dat onder beleidsmakers en wetenschappers brede overeenstemming bestaat over de trends en ontwikkelingen die het huidige stelsel bedreigen en de eisen waaraan een modern stelsel van werk en inkomen moet voldoen.

Globalisering, technologische ontwikkelingen, vergrijzing en de toegenomen heterogeniteit van de samenleving stellen steeds hogere eisen aan het aanpassingsvermogen van bedrijven en werknemers.

Dit aanpassingsvermogen moet versterkt worden en om dat te bereiken moeten arbeidsparticipatie en de dynamiek op de arbeidsmarkt toenemen.

Een modern stelsel van werk en inkomen is zodanig ingericht dat het zowel flexibiliteit als werkzekerheid bevordert. Transitie van baan naar baan en van functie naar functie moeten worden gefaciliteerd. Een dynamische arbeidsmarkt vereist bovendien arrangementen die mensen ondersteunen om hun competenties op peil te houden. In dat kader valt voortdurend de term '*employability*', een brede en duurzame inzetbaarheid van de werknemer. Er zal vooral meer geïnvesteerd moeten worden in het behoud van menselijk kapitaal van ouderen.

Verder moet meer rekening worden gehouden met de toegenomen diversiteit in arbeidsmarktgedrag en gezinsvorming. Met name dienen meer faciliteiten te worden gecreëerd om de combinatie van arbeid en zorg gemakkelijker te maken. Alleen dan worden personen met zorgverantwoordelijkheid in staat gesteld optimaal te participeren op de arbeidsmarkt.

Ten slotte moet zoveel mogelijk worden voorkomen dat een tweedeling ontstaat, met aan de ene kant '*insiders*', met een vaste arbeidsrelatie, en aan de andere kant '*outsiders*', een groep die vrijwel alleen op basis van tijdelijke contracten werkt. Zonder aanvullende maatregelen dreigt de last van een meer flexibele arbeidsmarkt vooral bij de laatste groep te komen liggen.

In deze discussie is ook aandacht voor het ontslagrecht. Veel schrijvers, met name economen, maken zich sterk voor een versoepeling van het ontslagrecht. Verbazen mag dat niet. Een hoog niveau van ontslagbescherming heeft een negatieve invloed op de zogenoemde externe numerieke flexibiliteit, dat is het vermogen van bedrijven om de omvang van hun personeelsbestand snel aan te passen aan gewijzigde economische omstandigheden en nieuwe proces- en productietechnieken.

In het huidige debat gaat de aandacht vooral uit naar de ontslagvergoedingen.

Uit analyses van de OECD blijkt dat Nederland vergeleken met andere Europese landen wat betreft de mate van ontslagbescherming een relatief hoge positie inneemt, althans wanneer men de vaste contracten in ogenschouw neemt. Deze hoge positie is in belangrijke mate terug te voeren op de omvang van de ontslagvergoedingen bij langdurige dienstverbanden.

Volgens de Wetenschappelijke Raad voor het Regeringsbeleid worden de vergoedingen soms als ‘buitensporig’ ervaren.

Een vorig jaar verschenen rapport van Bureau Bartels leert dat maar liefst tweederde van de ondervraagde werkgevers de kosten van ontslagvergoedingen ‘niet reëel’ vindt.

Voldoende redenen om vandaag de problematiek van de ontslagvergoedingen centraal te stellen. Welke ontslagvergoedingen kent de wet en wat beogen zij te vergoeden? Hoe moet de huidige praktijk worden gewaardeerd, zowel vanuit wetenschappelijk als vanuit maatschappelijk oogpunt? En, ten slotte, welke veranderingen zouden kunnen bijdragen aan de totstandkoming van meer activerend, meer mobiliserend en participatiebevorderend ontslagrecht, zonder de sociale rechtvaardigheid geweld aan te doen.

Of een ontslagvergoeding verschuldigd is en zo ja, welke omvang die heeft, hangt in de eerste plaats af van de wijze waarop de arbeidsovereenkomst eindigt.

Bij een beëindiging met wederzijds goedvinden en een einde van rechtswege – bijvoorbeeld van een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd - bestaat geen algemene verplichting tot het betalen van een vergoeding. Partijen kunnen daarover uiteraard wel afspraken maken; de wet verplicht daartoe niet.

Wettelijke ontslagvergoedingen zijn in beginsel alleen aan de orde bij de twee andere mogelijkheden waarop de arbeidsovereenkomst een einde kan nemen: de opzegging en de rechterlijke ontbinding. Ik zal beide hierna afzonderlijk bespreken, waarbij ik mij beperk tot de vergoedingen die door de werkgever verschuldigd zijn aan de werknemer.

Bij opzegging kent de wet twee vergoedingen:

- A de schadevergoeding wegens onregelmatigheid van de opzegging (art. 7:677 jo. art. 7:680 BW)
- B de schadevergoeding wegens de kennelijke onredelijkheid van de opzegging (art. 7:681 BW)

Van een onregelmatige opzegging is sprake indien de opzeggende partij de voor de beëindiging van de arbeidsovereenkomst gestelde tijdsduur niet in acht neemt. Het gaat hier met name om de opzegtermijn.

Zegt een van de partijen de arbeidsovereenkomst op zonder inachtneming van een termijn of met een korte termijn, dan wordt deze schadeplichtig. De schadevergoeding ziet slechts op de schade die het gevolg is van de voortijdigheid van de beëindiging. Het verschuldigde bedrag is als regel gelijk aan het loon over (het niet in acht genomen deel van) de opzegtermijn.

Deze schadevergoeding is betrekkelijk onomstreden. Ik zal mij daarom hierna beperken tot de schadevergoeding vanwege de kennelijke onredelijkheid van de opzegging.

Een opzegging kan in de eerste plaats kennelijk onredelijk zijn vanwege het ontslagmotief. Is voor het ontslag geen redelijke grond aanwezig of is de grond niet voldoende zwaarwegend om de beëindiging te rechtvaardigen, dan zal de opzegging als regel kennelijk onredelijk worden geacht.

Meestal zal de redelijkheid van het ontslag overigens al getoetst zijn door de Centrale Organisatie voor Werk en Inkomen bij de beoordeling van de aanvraag van een ontslagvergunning. Het oordeel van de CWI over de redelijkheid van het ontslag is echter niet bindend voor de kantonrechter.

Een goede grond voor beëindiging kan bijvoorbeeld gelegen zijn in bedrijfseconomische en bedrijfsorganisatorische omstandigheden, maar ook in de persoon van de werknemer of zijn functioneren.

Noodzaken bedrijfseconomische of bedrijfsorganisatorische omstandigheden tot het laten vervallen van een of meerdere arbeidsplaatsen, dan zal de werkgever bij de selectie van werknemers die voor ontslag in aanmerking komen, objectieve, niet discriminerende criteria moeten hanteren. Willekeur moet worden vermeden. Bij de ontslagvolgorde zal met name ook rekening moeten worden gehouden met de door de werknemer opgebouwde anciënniteit.

Verder kunnen ook procedurele gebreken een opzegging kennelijk onredelijk maken. Zo behoort de werkgever de reden van de opzegging mee te delen aan de werknemer en mag van hem worden verwacht dat hij de werknemer hoort, alvorens tot opzegging over te gaan, zeker wanneer het ontslag verband houdt met diens functioneren.

Ten slotte kan tot kennelijke onredelijkheid geconcludeerd worden vanwege de gevolgen van de beëindiging voor de werknemer.

Als we naar de wet kijken – en een goed jurist behoort dat af en toe te doen – zien we dat daarin is opgenomen dat opzegging van de arbeidsovereenkomst door de werkgever kennelijk onredelijk zal kunnen worden geacht:

*‘b. wanneer, mede in aanmerking genomen de voor de werknemer getroffen voorzieningen en de voor hem bestaande mogelijkheden om passend werk te vinden, de gevolgen van de opzegging voor hem te ernstig zijn in vergelijking met het belang van de werkgever bij de opzegging’*

In de gepubliceerde jurisprudentie is het met name dit gevolgcriterium dat aanleiding geeft tot toekenning van een schadevergoeding.

Het gevolgcriterium kan ertoe leiden dat aan de werknemer een schadevergoeding moet worden toegekend, ondanks dat de CWI een ontslagvergunning heeft verleend, aan de opzegging goede en voldoende zwaarwegende redenen ten grondslag liggen, de juiste opzegtermijn in acht is genomen en op de gevolgde procedure ook overigens niets is aan te merken.

Uit de jurisprudentie van de Hoge Raad blijkt, dat zelfs wanneer er grond is voor ernstige verwijten aan het adres van de werknemer, de lengte van zijn dienstverband en zijn slechte arbeidsmarktpositie kunnen meebrengen, dat een ontslag zonder toekenning van een redelijke financiële tegemoetkoming gelet op de gevolgen kennelijk onredelijk moet worden geacht.

Is dit ‘buitensporig’? Is dit ‘niet reëel’?

Anders dan bij een gebrekkig ontslagmotief, een onjuist selectiecriterium of procedurele gebreken, lijkt de werkgever bij toepassing van het gevolgcriterium niets te verwijten. Toch is de grondslag voor de schadevergoeding ook hier een tekortschieten van de werkgever. Dat komt scherp tot uitdrukking in een arrest uit 1997, waarin de Hoge Raad overweegt dat de kennelijke onredelijkheid van de handelwijze van de werkgever in gevallen als deze *‘is gelegen in diens veronachtzaming van de onevenredigheid tussen zijn eigen belang bij beëindiging van de dienstbetrekking en de toen te verwachten nadelige gevolgen daarvan voor de werknemer’*.

De verplichting van de werkgever om zich als een goed werkgever te gedragen, brengt mee dat hij zich bij beslissingen in het kader van de bedrijfsvoering mede moet laten leiden door

de belangen van de betrokken werknemers. Zijn de te verwachten gevolgen voor de werknemers te ernstig in verhouding tot het met het voorgenomen besluit te dienen bedrijfsbelang, dan dient de werkgever af te zien van zijn voornemen of (geldelijke of andere) compensatie te bieden om de onevenredigheid tussen dat eigen belang en de te verwachten nadelige gevolgen voor de werknemers op te heffen.

Het gevolgcriterium voorziet deze uit het goed werkgeverschap voortvloeiende verplichting, voor zover het de beslissing tot opzegging van de arbeidsovereenkomst betreft, van een sanctie.

Of de gevolgen van een opzegging te ernstig zijn in verhouding tot het belang van de werkgever, is afhankelijk van alle omstandigheden van het concrete geval in onderling verband en samenhang bezien.

Kijken we naar de wettelijke omschrijving van het criterium, dan blijkt dat de wetgever daarbij vooral het oog heeft gehad op de gevolgen van de opzegging voor de bestaansvoorziening van de werknemer. Dit blijkt met name uit het feit dat de voor hem bestaande mogelijkheden om passend werk te vinden, in de wet uitdrukkelijk als in aanmerking te nemen omstandigheden zijn opgenomen.

Naarmate de arbeidsmarktpositie van de werknemer slechter is, zal het belang van de werknemer zwaarder wegen en meer van de werkgever worden verlangd. Kan de betrokken werknemer naar verwachting vrijwel direct elders aan de slag, dan zal er veel minder snel aanleiding bestaan om tot kennelijke onredelijkheid te concluderen.

Uit de rechtspraak blijkt dat voor de beoordeling van de gevolgen moet worden uitgegaan van de situatie bij het einde van de arbeidsovereenkomst. In de belangenafweging gaat het derhalve om de ten tijde van het ontslag bestaande objectieve verwachtingen ten aanzien van de mogelijkheden van de werknemer om ander passend werk te vinden.

Dus, blijkt de werknemer met de slechte arbeidsmarktpositie achteraf, tegen objectieve verwachtingen in, toch een baan te hebben gevonden – en wellicht zelfs een beter betaalde baan – dan is die omstandigheid in beginsel niet relevant voor het rechterlijk oordeel over de vraag of het ontslag kennelijk onredelijk was. Het omgekeerde geldt echter ook. Zijn de arbeidsmarktperspectieven ten tijde van het ontslag rooskleurig, dan is toekenning van een vergoeding op grond van het gevolgcriterium in beginsel niet aan de orde, ook niet als het verwerven van ander passend werk vervolgens minder vlot blijkt te gaan dan verwacht.

Uit de wettekst blijkt dat verder bij het bepalen van de gevolgen rekening moet worden gehouden met de voor de werknemer getroffen voorzieningen. Daarbij kan in het bijzonder worden gedacht aan afvloeiingsregelingen. Deze kunnen bijvoorbeeld voorzien in periodieke aanvullingen op de door betrokkene te ontvangen uitkering of op een lager salaris in een nieuwe baan.

De getroffen voorzieningen kunnen echter ook in iets anders bestaan dan een financiële tegemoetkoming. Denk bijvoorbeeld aan een interne of externe herplaatsingsregeling.

Ik zou willen aannemen dat ook voorzieningen die niet specifiek met het oog op de beëindiging van de arbeidsovereenkomst tot stand zijn gekomen, voor de belangenafweging relevant kunnen zijn. Zo dienen naar mijn mening de tijdens het dienstverband door de werkgever aangeboden scholing of andere inspanningen van zijn kant gericht op vergroting van een duurzame inzetbaarheid van de werknemer, in het kader van het gevolgcriterium

als getroffen voorzieningen in aanmerking te worden genomen. Investerings van de werkgever in de arbeidsmarktpositie van de werknemer kunnen derhalve meebrengen dat een opzegging minder snel vanwege de gevolgen kennelijk onredelijk moet worden geacht.

...

Is de opzegging kennelijk onredelijk, dan kan de werknemer aanspraak maken op vergoeding van zijn schade. Het gaat hier, zo blijkt uit de wetsgeschiedenis om 'een pleister op de wonde van de beëindiging als zodanig'.

De hoogte van de schadevergoeding dient volgens de Hoge Raad te worden bepaald aan de hand van alle omstandigheden van het geval. De na het einde van de dienstbetrekking intredende omstandigheden behoren ook hier in beginsel buiten beschouwing te blijven, behoudens voor zover daaruit aanwijzingen kunnen worden geput voor hetgeen uiterlijk op het tijdstip van ingang van het ontslag kon worden verwacht met betrekking tot de gevolgen van het ontslag.

In de literatuur is wel verdedigd dat de vergoeding bij kennelijk onredelijk ontslag geen 'echte' schadevergoeding meer zou zijn. Zij zou het karakter hebben gekregen van een privaatrechtelijke boete, een *poena privata*. Ik kan mij niet in die opvatting vinden (en zal dat in de schriftelijke versie van deze rede ook verder onderbouwen).

Zeker, de rechter komt bij de vaststelling van de vergoeding een grote mate van vrijheid toe en hij is niet gebonden aan de gewone regels van stelplicht en bewijs. Bovendien heeft de vergoeding vaak ook een belangrijk immaterieel aspect.

De rechter behoort er mijns inziens echter wel naar te streven de werkelijke schade zo dicht mogelijk te benaderen, zeker wanneer de schadevergoeding wordt gebaseerd op het gevolgcriterium. Strekking van de schadevergoeding in deze gevallen is immers compensatie te bieden voor de onevenwichtigheid tussen het belang van de werkgever bij de beëindiging enerzijds en de te verwachten gevolgen voor de werknemer anderzijds; overcompensatie zou de balans naar de andere kant doen doorslaan!

De rechterlijke ontbinding.

Op grond van art. 7:685 BW is ontbinding van de arbeidsovereenkomst door de rechter mogelijk wanneer sprake is van gewichtige redenen. Als zodanig merkt de wet aan omstandigheden die een ontslag op staande voet kunnen rechtvaardigen, alsook veranderingen in de omstandigheden, welke van dien aard zijn dat de arbeidsovereenkomst billijkheidshalve dadelijk of na korte tijd behoort te eindigen.

Dergelijke veranderingen kunnen gelegen zijn in de persoon van de werknemer of de verhouding tussen partijen, maar ook in bedrijfseconomische of –organisatorische redenen, dezelfde omstandigheden derhalve als die een goede grond voor opzegging kunnen vormen.

Soms is de weg van de opzegging geen reële optie om tot beëindiging van de arbeidsovereenkomst te komen, bijvoorbeeld wanneer een bijzonder opzegverbod van toepassing is of wanneer sprake is van een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd zonder tussentijds opzeggingsbeding. Weigert de werknemer in deze gevallen mee te werken aan beëindiging van de arbeidsovereenkomst, dan kan rechterlijke ontbinding uitkomst bieden. Dat geldt ook wanneer de Centrale Organisatie voor Werk en Inkomen een ontslagvergunning weigert.

Maar ontbinding kan te allen tijde worden verzocht, zo zegt de wet, dus ook in die gevallen waarin opzegging wel tot de mogelijkheden behoort. De werkgever mag zelf beslissen welke

weg hij wenst te bewandelen; die van de opzegging of van de rechterlijke ontbinding. Er bestaat, met andere woorden, geen rangorde tussen de twee.

De opmars van de ontbinding is begonnen in de jaren zeventig en tachtig van de vorige eeuw toen Nederland economisch in zwaar weer verkeerde. De ontslagvergunningprocedure was indertijd erg tijdrovend en de uitkomst van die procedure was betrekkelijk onvoorspelbaar. De rechtspraak ontdekte de ontbindingsprocedure als een alternatieve beëindigingsroute. Deze route werd – mede omdat de WW-aanspraken van de werknemer tot aldus beter veilig gesteld konden worden - zo populair dat het jaarlijks aantal rechterlijke ontbindingen de laatste jaren het aantal door de CWI verleende ontslagvergunningen benadert.

De ontbindingsprocedure heeft diverse voordelen ten opzichte van de opzegging. In de eerste plaats is de procedure snel. Tussen het uitgaan van het verzoekschrift en de ontbindingsdatum ligt in de regel minder tijd dan met de procedure bij de CWI plus de vervolgens nog in acht te nemen opzeg- en aanzegtermijn gemoeid is. De gehele procedure neemt meestal niet meer dan zes tot acht weken in beslag.

De ontbindingsbeschikking is bovendien een beslissing in hoogste instantie. Hoger beroep en cassatie zijn, overigens tot ergernis van velen, nog steeds uitgesloten.

Voordeel is ten slotte dat de ontbindingsprocedure vooraf duidelijkheid verschaft omtrent de verschuldigde vergoeding.

Op grond van art. 7:685, achtste lid, BW kan de rechter die een ontbindingsverzoek inwilligt wegens veranderingen in de omstandigheden aan een van de partijen een vergoeding toekennen die ten laste komt van de wederpartij.

Is de rechter van plan te ontbinden met vergoeding, dan zal hij partijen van dit voornemen in kennis stellen en degene die het verzoekschrift heeft ingediend, gelegenheid geven het verzoek in te trekken.

Onderzoek onder WW-gerechtigden leert dat in de praktijk grote verschillen bestaan in de frequentie en hoogte van de vergoedingen die bij ontbinding respectievelijk na opzegging met vergunning aan werknemers worden verstrekt. Bij ontbinding wordt in bijna 90% van de gevallen een vergoeding toegekend; bij opzegging in minder dan de helft; de gemiddelde vergoeding bij ontbinding bedraagt meer dan 33.000 euro; bij opzegging met vergunning praten we over een bedrag van gemiddeld iets meer dan 8.700 euro.

Dit verschil zal ongetwijfeld voor een deel samenhangen met de aard van de zaken die bij de CWI, respectievelijk de ontbindingsrechter worden aangebracht, maar houdt mogelijk ook verband met de maatstaven die worden aangelegd bij de beoordeling of een vergoeding moet worden betaald en zo ja, tot welk bedrag.

De wettelijke regeling van de ontbinding biedt ons op dit punt weinig houvast. Zij geeft slechts aan dat bij ontbinding wegens veranderingen in de omstandigheden een vergoeding kan worden toegekend indien dat de rechter met het oog op de omstandigheden van het geval billijk voorkomt. Over de hoogte laat de wet zich niet uit. Ook de wetsgeschiedenis biedt terzake nauwelijks aanknopingspunten.

Mede daarom was de uitkomst van de ontbindingsprocedure voor wat betreft de vergoeding jarenlang een ongewisse zaak. Inmiddels is dit veel minder het geval. Om de rechtszekerheid te bevorderen en tot een zekere uniformering van de vergoedingen te komen, heeft de Kring

van Kantonrechters in 1996 namelijk een formule opgesteld, die – zo blijkt uit een enquête onder kantonrechters uit 2002 – vrijwel steeds wordt toegepast. Die formule luidt als volgt:

$A \times B \times C$

Hoewel bij velen bekend, toch een enkel woord over de betekenis van deze letters.

De A staat voor het aantal gewogen dienstjaren, de diensttijd afgerond in hele jaren, waarbij dienstjaren voor de 40<sup>ste</sup> verjaardag tellen voor 1, de dienstjaren tussen de 40<sup>ste</sup> en de 50<sup>ste</sup> verjaardag voor 1,5 en elk dienstjaar vanaf het bereiken van de leeftijd van 50 voor 2.

B staat voor de beloning. Het gaat hier globaal gesproken om het bruto-maandsalaris vermeerderd met vaste emolumenten.

C is de correctiefactor. Indien de grond voor ontbinding geheel in de risicosfeer van de werkgever valt, is de C gelijk aan 1. Ligt de reden volledig in de risicosfeer van de werknemer – denk bijvoorbeeld aan een ontbinding vanwege een privé-omstandigheid, zoals een verhuizing – dan is de C gelijk aan 0 en zal geen vergoeding worden toegekend. Is sprake van verwijtbaarheid van een van partijen of over en weer, dan wordt de ernst daarvan in de C-factor tot uitdrukking gebracht. Is de werknemer het een en ander te verwijten, dan zal een C van 0 tot 1 worden gehanteerd; treft de werkgever ter zake van het ontslag een verwijt, dan kan de C boven 1 uitstijgen. Verder worden in de C ook de overige bijzondere omstandigheden van het geval ('de smaak van de zaak') verdisconteerd.

De vergoeding is gemaximeerd. De aanbevelingen zeggen dat de vergoeding – behoudens eventuele immateriële schade – niet hoger is dan de verwachte inkomstenderving tot aan de pensioengerechtigde leeftijd.

Uit deze maximering zou men kunnen afleiden dat – net als in de kennelijk onredelijk ontslagprocedure – de ten tijde van het ontslag te verwachten inkomstenderving uitgangspunt is bij de berekening van de vergoeding.

Nadere beschouwing leert dat dit niet het geval is, althans dat de door de kring van kantonrechters gegeven concretisering van de formule meebrengt dat vergoedingen worden toegekend die de te verwachten inkomensschade ver te boven gaan.

Uit de toelichting bij de aanbevelingen blijkt dat bij een ontslag als gevolg van het vervallen van een arbeidsplaats wegens reorganisatie, waarbij de anciënniteitsvolgorde in acht is genomen en zich overigens geen bijzondere omstandigheden voordoen, de C op 1 wordt gesteld. Men spreekt in dat kader van een 'neutrale' of 'kleurloze' ontbinding.

Het gaat hier om een situatie die we herkennen als die waarop ook het hiervoor besproken gevolgcriterium ziet; een ontslag op bedrijfseconomische gronden, zonder procedurele gebreken, gegrond op een toereikend ontslagmotief en met inachtneming van een objectief selectiecriterium.

Maar waar de kansen van de werknemer op ander passend werk ten tijde van het ontslag – het beoordelingsmoment is in beide procedures hetzelfde – in de kennelijk onredelijk ontslagprocedure meewegen bij de beoordeling van de vraag of een vergoeding moet worden toegekend, is de positie van de werknemer op de arbeidsmarkt nauwelijks van belang voor de toekenning van een vergoeding in het kader van de ontbindingsprocedure.

Ik zeg 'nauwelijks' omdat het arbeidsmarktperspectief tot op zekere hoogte wel doorklinkt in de A-factor, die boven een bepaalde leeftijd zwaarder weegt. Daaraan ligt waarschijnlijk de



veronderstelling ten grondslag dat oudere werklozen moeilijker aan een baan geraken. Het zwaarder wegen van deze jaren staat overigens ter discussie, in de eerste plaats vanwege de mogelijke consequenties voor het aannamebeleid van ouderen, maar vooral ook omdat het op gespannen voet staat met het verbod van leeftijdsdiscriminatie.

De kantonrechtersformule is geschreven voor ontbindingsprocedures, niet voor de vaststelling van een vergoeding in het kader van de kennelijk onredelijke opzegging. Veel kantonrechters houden de formule in deze procedure wel in het achterhoofd; rechtstreekse toepassing is echter, ook onder de kantonrechters, omstreden.

Verder hebben inmiddels ook diverse gerechtshoven laten blijken niet erg gecharmeerd te zijn van toepassing van de kantonrechtersformule in de kennelijk onredelijk ontslagprocedure. De formule vormt voor hen slechts één van de wegingsfactoren bij de beoordeling van de opzegging, maar is niet zonder meer richtinggevend.

Gevolg van een en ander is dat een 35-jarige, gediplomeerd heftruckchauffeur – een beroep waarmee je op die leeftijd nog zo aan de slag komt – na een dienstverband van 12 jaren, bij een reorganisatieontslag in beginsel een vergoeding van één bruto jaarsalaris tegemoet kan zien indien zijn arbeidsovereenkomst wordt beëindigd via rechterlijke ontbinding. Gaat zijn werkgever over tot beëindiging van de arbeidsovereenkomst door opzegging met toestemming van de CWI en inachtneming van een opzegtermijn, dan loopt hij het risico geen of een veel lagere ontslagvergoeding te krijgen.

Dergelijke verschillen in uitkomst, afhankelijk van de gekozen procedure, acht ik niet gewenst. Zij leiden in de rechtspraktijk tot tactische trucs die wellicht interessant zijn voor de arbeidsrechtelijk georiënteerde wetenschapper, maar waarvan de resultaten het rechtsgevoel nauwelijks kunnen bevredigen.

Inmiddels zijn diverse uitspraken gepubliceerd die betrekking hebben op zaken waarin werknemers, nadat door de CWI een ontslagvergunning is verleend en de arbeidsovereenkomst door de werkgever is opgezegd, tijdens de opzegtermijn ontbinding van de arbeidsovereenkomst verzoeken met als enig oogmerk een vergoeding te verwerven, berekend naar de kantonrechtersformule. Diverse kantonrechters weigeren aan deze praktijk mee te werken en verwijzen de werknemer naar de kennelijk onredelijk ontslagprocedure. Andere zijn echter wel bereid om aan een dergelijk verzoek gehoor te geven. Zij beschouwen de opzegging en/of het belang om op korte termijn duidelijkheid te verkrijgen over de hoogte van de vergoeding als een gewichtige reden en kennen met toepassing van de kantonrechtersformule een vergoeding toe.

Dit laatste kan dan weer een tegenreactie uitlokken. In de kantons waar rechters bereid zijn in te gaan op het verzoek van werknemers, zijn er al advocaten die op een mogelijk ontbindingsverzoek van de werknemer anticiperen door de arbeidsovereenkomst na het verkrijgen van een ontslagvergunning op te zeggen zonder inachtneming van een termijn of met een zeer korte termijn. Zij nemen de verschuldigdheid van de schadevergoeding wegens onregelmatige opzegging op de koop toe om te voorkomen dat de werknemer tijdens de opzegtermijn een ontbindingsprocedure kan starten. De werknemer die een vergoeding wil, wordt daardoor gedwongen zich van de kennelijk onredelijk ontslagprocedure te bedienen.

Er is mijns inziens veel voor te zeggen om, wanneer de arbeidsovereenkomst rechtsgeldig is opgezegd, een ontbindingsverzoek tijdens de opzegtermijn aan te merken als oneigenlijk

gebruik van de ontbindingsprocedure. Gaat het alleen om de vergoeding, dan hoort de met meer waarborgen omgeven weg van het kennelijk onredelijk ontslag te worden gevolgd. Maar als dat betekent dat de werknemer met een lagere ontslagvergoeding genoeg moet nemen enkel als gevolg van de door de werkgever gekozen beëindigingsroute, is dat standpunt nauwelijks te rechtvaardigen.

Natuurlijk zijn er verschillen tussen de procedures waarmee bij de vaststelling van de vergoeding rekening moet worden gehouden. Met name moet in de afweging worden betrokken dat de procedure bij de CWI tezamen met de opzegtermijn als regel meer tijd in beslag neemt dan de ontbindingsprocedure, maar, afgezien daarvan, heb ik geen toereikende rechtvaardigingsgrond kunnen vinden voor het aanleggen van wezenlijk andere maatstaven, afhankelijk van de door de werkgever gekozen beëindigingsroute.

Ook het feit dat het ontbindingsverzoek kan worden ingetrokken wanneer de door de rechter toe te kennen vergoeding te hoog wordt geacht en het ontbreken een mogelijkheid tot het instellen van hoger beroep en cassatie tegen de ontbindingsbeschikking kunnen het verschil mijns inziens niet rechtvaardigen.

Immers, is de vergoeding voor de werkgever aanleiding om zijn verzoek in te trekken en alsnog de CWI-route te bewandelen, dan kan de werknemer daarop reageren door zelf een ontbindingsverzoek in te dienen. Volgens de toelichting op de aanbevelingen behoort in deze situatie in beginsel dezelfde vergoeding aan de werknemer te worden toegekend. De intrekkingbevoegdheid kan de werkgever dan niet meer baten. Het appelverbod is in deze gevallen zeker niet in het voordeel van de werkgever. Waarom moet hij er dan wel voor betalen?

Conclusie is dat dezelfde maatstaven moeten worden gehanteerd, maar welke maatstaven moeten dat dan zijn: die van de kennelijk onredelijk ontslagprocedure of de kantonrechtersformule?

Mijn voorkeur gaat uit naar de maatstaven voor de kennelijk onredelijke opzegging. Daarvoor zijn in de eerste plaats wetssystematische redenen. Ik zal daar in de schriftelijke bewerking van deze rede wat langer bij stilstaan. Van belang is onder meer dat de Hoge Raad voor de vaststelling van de vergoeding bij een ontbinding wegens een dringende reden, verwijst naar de maatstaven in het kader van de kennelijk onredelijk ontslagprocedure. Het gaat dan niet aan om bij een ontbinding wegens veranderingen in de omstandigheden ruimhartiger te zijn bij de toekenning van de vergoeding.

Maar ook afgezien van deze systematische argumenten, meen ik dat het beter is bij neutrale ontbindingen een berekeningsmaatstaf te hanteren die, meer dan de huidige aanbevelingen, aansluiting zoekt bij de te verwachten werkelijke schade. Daarvoor hoeft de formule niet te worden gewijzigd. Voldoende is de aanbevelingen in zoverre aan te passen dat bij een ontbindingsgrond die geheel in de risicosfeer van de werkgever valt en waarbij verwijtbaarheid niet aan de orde is, het arbeidsmarktperspectief van de werknemer uitdrukkelijk meeweegt bij de vaststelling van de C-factor. Zodra dat gebeurt, kan ook het toch al omstreden leeftijdsonderscheid in de A-factor vervallen.

Ik meen dat al van een belangrijke verbetering sprake zou zijn, wanneer de kantonrechter die, bij een 'neutrale ontbinding', de arbeidsmarktpositie van de werknemer op de hand wegend,

vaststelt dat werkaanvaarding in een ook qua inkomen passend te achten functie binnen een termijn van bijvoorbeeld zes maanden in de lijn der verwachting ligt, een C van 0,5 hanteert in plaats van 1, waarbij er veel voor te zeggen een als ondergrens te hanteren een bedrag gelijk aan het loon over de bij opzegging in acht te nemen termijn.

Gaat het om een werknemer met een geringe kans op ander, passend werk, dan kan  $C=1$  uitgangspunt blijven.

Ik wil, op dit punt aangekomen, benadrukken niet te willen tornen aan de hoogte van de toe te kennen vergoedingen voorzover het ontslagen betreft waarin sprake is van een gebrekkig ontslagmotief of verwijtbaarheid aan de zijde van de werkgever. In dergelijke gevallen mag de vergoeding wat mij betreft een zeker punitief karakter behouden.

Door bij de vaststelling van de vergoeding bij een neutrale ontbinding uitdrukkelijk rekening te houden met het arbeidsmarktperspectief van de werknemer wordt de aansluiting bij de criteria voor de toekenning van schadevergoeding in de kennelijk onredelijk ontslagprocedure goeddeels hersteld of, zo men wil, tot stand gebracht.

Verskil is slechts dat de rechter in geval van ontbinding vooraf duidelijkheid verschaft over de vergoeding die nodig is om de onevenredigheid tussen het belang van de werkgever en de te verwachten gevolgen voor de werknemer te compenseren, aldus voorkomend dat de beëindiging plaatsvindt in strijd met het goed werkgeverschap, en dat de rechter in de kennelijk onredelijk ontslagprocedure achteraf beoordeelt of de door de werkgever getroffen voorzieningen aan die maatstaf voldoen.

Omdat de uitkomst van toepassing van de formule in dit voorstel beter aansluit bij de te verwachten schade, wordt bovendien tegemoet gekomen aan de kritiek dat de ontslagvergoedingen in ontbindingsprocedures ‘buitensporig’ en ‘niet reëel’ zouden zijn. Een niet-verwijtbaar ontslag, op goede gronden en gebruikmakend van de juiste selectiecriteria wordt goedkoper.

Ten slotte wordt met mijn voorstel invulling gegeven aan de, ook politiek, breed gedragen wens om het ontslagrecht zodanig in te richten, dat door de werkgever gepleegde investeringen in de arbeidsmarktpositie van de werknemer meewegen in het ontslag en de ontslagvergoeding. Immers, indien de werkgever lopende het dienstverband voorzieningen heeft getroffen die een duurzame inzetbaarheid van de werknemer bevorderen –scholing e.d. - zal zich dat als regel vertalen in betere arbeidsmarktkansen. Door die kansen ook in de vaststelling van de ontbindingsvergoeding te betrekken, wordt een positieve prikkel gegeven voor het doen van dergelijke investeringen. Daarmee is ook de werknemer die zijn baan verliest, het meest gediend. De werkgever wiens werknemer bij ontslag onvoldoende breed inzetbaar blijkt te zijn, zal het dubbele moeten betalen.

Is de regeling van de ontslagvergoedingen daarmee voldoende aangepast voor het beoogde activerende, mobiliserende en participatiebevorderende stelsel van de toekomst?

Neen, zeker niet.

Hoewel een enkele magistraat nog wel eens heeft aangegeven dat de arbeidsovereenkomst niet als geïntegreerd onderdeel een spaarzegelkaart heeft, die bij het einde van het dienstverband kan worden ingeleverd en waarbij voor elk zegeltje een maand salaris wordt uitgekeerd, heeft de formule sinds 1997 wel het idee doen postvatten dat de werkgever bij elke verwijtloze beëindiging aan de werknemer een vergoeding moet betalen die hoger is naarmate het dienstverband langer heeft geduurd.

Dat zal door invoering van de hiervoor bepleite aanpassingen niet anders worden. Het door het recht gegeven signaal zal ook dan luiden: *‘Blijf zitten waar je zit, verroer je niet totdat je ontslagen wordt!’*, in plaats van het op een dynamische arbeidsmarkt wenselijk geachte: *‘Zorg dat je op een werkplek terecht komt waar je talenten het best tot zijn recht komen!’*

Bovendien draagt een aanpassing van de kantonrechttersformule in de door mij aangegeven zin niet of nauwelijks bij aan het terugdringen van de *‘insider-outsider’*-problematiek. Omdat de ontslagvergoeding gekoppeld blijft aan de wijze van beëindiging van de arbeidsovereenkomst - opzegging of rechterlijke ontbinding - komen werknemers met een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd er niet voor in aanmerking, ook niet wanneer zij, gebruik makend van door CAO's verruimde mogelijkheden meermalen gebruik te maken van bepaaltijdcontracten, al meer dan drie jaren bij dezelfde werkgever werkzaam zijn. Verder blijft door dit verschil in ontslagbescherming voor werkgevers een sterke financiële prikkel aanwezig om gebruik te maken van bepaaltijdovereenkomsten en andere flexibele contracten als schil om een kern van vaste medewerkers.

We kunnen onze speurtocht naar het ideale stelsel dus zeker nog niet staken.

Is het recent door de Wetenschappelijke Raad voor het Regeringsbeleid gelanceerde voorstel wellicht de oplossing? De WRR stelt voor om opzegtermijn en ontslagvergoeding op te laten gaan in één zoekperiode, waarin reïntegratie van de werknemer maximale voorrang krijgt. De zoektermijn is in het voorstel van de raad een afgebakende periode waarvan de duur afhankelijk is van de diensttijd.

Dit voorstel brengt ons naar mijn mening niet veel verder. Als ik het goed zie komt het in wezen neer op een verlenging van de opzegtermijn. Terecht is in de literatuur al opgemerkt dat het voorstel waarschijnlijk in feite een introductie van het Belgische systeem waarin ontslagbescherming vooral inhoud heeft gekregen door langere opzegtermijnen, van soms wel twee of drie jaren, die als regel met behulp van een formule, meestal de formule Claeys, worden berekend, maar die vervolgens ook altijd wordt afgekocht.

Invoering van het WRR-voorstel zal dus waarschijnlijk geen einde maken aan diensttijdafhankelijke ontslagvergoedingen. Verder houdt de WRR mijns inziens onvoldoende rekening met de mogelijkheid dat een voldoende zwaarwegend ontslagmotief kan ontbreken en dat aan de beëindiging verwijtbaar gedrag van de werkgever ten grondslag kan liggen.

Wellicht dat een blik over de grenzen ons verder kan helpen.

Interessant vind ik met name de hervorming van het ontslagrecht die in 2002 in Oostenrijk plaatsvond. Daar werd een systeem van ontslagvergoedingen als het Nederlandse, gebaseerd op de traditionele arbeidsrelatie tussen één werknemer en één bedrijf, omgevormd tot een breder opgezet, landelijk systeem van fondsvorming voor uitkeringen ten behoeve van werknemers, de zogenoemde *Abfertigung Neu*.

Ingevolge het nieuwe *Betriebliches Mitarbeiterversorgegesetz* is de werkgever verplicht vanaf het moment dat een arbeidsovereenkomst een maand heeft geduurd, een bepaald percentage van de loonsom af te dragen ten behoeve van een spaarfonds, dat door een van de negen zogeheten *Mitarbeiterversorgungskassen* wordt beheerd. De werknemer kan aanspraak maken op uitkering van het voor hem door zijn werkgever ingelegde geld plus rente, zodra de deelname aan de regeling ten minste drie jaren heeft geduurd en hij niet-verwijtbaar wordt ontslagen. Uitkering is verder mogelijk wanneer de werknemer zelf ontslag neemt vanwege de zorg voor kinderen of vanwege (vervroegde) pensionering.

Neemt de werknemer ontslag om ander werk te gaan verrichten of wordt hij op staande voet ontslagen, dan gaat het spaartegoed niet verloren. De regeling hanteert het 'rugzakbeginsel' (*Rucksackprinzip*). Het gespaarde bedrag wordt voor de werknemer gereserveerd tot het moment waarop hij wel aan de voorwaarden voor uitkering voldoet.

De Europese commissie heeft het Oostenrijkse systeem in het Groenboek over *De modernisering van het arbeidsrecht met het oog op de uitdagingen van de 21<sup>ste</sup> eeuw* aangeduid als een interessant voorbeeld van een maatregel die de overstap naar ander werk ondersteunt. Ook mij spreekt het aan. Werknemers kunnen, zonder de opgebouwde aanspraken op beëindigingsvergoeding te verliezen, van baan wisselen. Stilzitten wordt niet langer beloond. Daarmee wordt een belangrijk mobiliteitsbeperkend element weggenomen. Bovendien bouwen ook werknemers met een bepaaldetijdcontract aanspraken op. Dat verbetert hun positie. Voor werkgevers zal er minder reden zijn om af te zien van het aanbieden van onbepaaldetijdcontracten, wanneer de regeling van de ontslagvergoeding voor bepaaldetijders en onbepaaldetijders meer wordt gelijk getrokken. Voordeel is ten slotte dat bij faillissement van de werkgever de aanspraken van de werknemer zijn veiliggesteld.

Het systeem zou wellicht nog verbeterd kunnen worden door ook andere bestedingsdoelen toe te staan, bijvoorbeeld bij onbetaald verlof vanwege het volgen van een opleiding, het verlenen van mantelzorg of een *sabbatical leave*. Aansluiting bij in de literatuur geopperde ideeën over een *levensloop-WW* ligt voor de hand.

Dat betekent niet dat ik meen dat introductie van een systeem als het Oostenrijkse alle ontslagvergoedingen overbodig maakt. Met name zal aanleiding voor toekenning van een vergoeding kunnen blijven bestaan, indien sprake is van een ontoereikend ontslagmotief of verwijtbaarheid aan de zijde van de werkgever.

Echter, in alle overige gevallen mag men de werkgeversbijdragen aan het fonds wat mij betreft als een toereikende voorziening beschouwen, die bij opzegging of ontbinding van de arbeidsovereenkomst van werknemers met een redelijk arbeidsmarktperspectief een C=0 rechtvaardigt.